**ACCIÓN DE TUTELA – Contra providencia judicial – Procedencia – Análisis**

Con el fin de abordar los argumentos expuestos por la impugnante, la Sala abordará los siguientes ejes temáticos: i) Término de caducidad de la acción de controversias contractuales; (ii) Desconocimiento de la sentencia del 22 de octubre de 2015; (iii) Pronunciamiento sobre la cosa juzgada en relación con la caducidad. (…) La parte accionante consideró que en consideración a la naturaleza privada del contrato No. (…) celebrado entre la sociedad tutelante y Ecopetrol S.A. se debió tener en cuenta el término de prescripción de diez (10) años y no el de caducidad de dos (2), argumentó que igualmente expuso en el proceso ordinario de controversias contractuales durante el traslado del recurso de apelación interpuesto por la parte demanda y que le fue objeto de pronunciamiento en la providencia censurada. (…) El accionante se limitó en su escrito inicial a manifestar que en la providencia censurada se consideró que ninguna situación podía ser tenida en cuenta para iniciar el computo de la caducidad y que ello no fue lo que resolvió el Consejo de Estado en la sentencia del 22 de octubre de 2015, proferida en el proceso adelantado por Ecopetrol contra Gran Tierra Energy Colombia Ltda., radicado bajo el número (…), con ponencia del mismo magistrado. (…) Consideró que en el caso concreto se debió contabilizar el término a partir de la liquidación unilateral del contrato que realizó Ecopetrol y que esa solución correspondía a la que se había dado en el otro proceso. Con relación a esta alegación, la Sala destaca que el actor no realizó esta alegación como desconocimiento de precedente, deduciéndose del contenido de su argumentación que lo que pretendía era un trato idéntico, el cual únicamente se puede prohijar cuanto se trata de situaciones fácticas idénticas o por lo menos similares que le permitan a la Sala realizar un test de igualdad. (…) Se destacó que se trataba de obligaciones de tracto sucesivo que debieron ejecutarse durante el periodo de exploración y, específicamente, durante la realización de las pruebas extensas en cada uno de los pozos y en torno a este aspecto del contrato las partes acordaron iniciar un nuevo computo de la producción a partir del 28 de diciembre de 2005, fecha en la cual fue aceptada la comercialidad de los yacimientos, y pactaron dar inicio a la distribución de dicha producción, directamente después de regalías, cuya aplicación era el eje central de la discusión presentada en sede judicial. (…) No es en consecuencia posible pretender que tales consideraciones se adecúen al caso concreto del contrato de suministro de ejecución instantánea en el que no hay acuerdo sobre el pago de contraprestaciones periódicas entre los contratantes y de las pretensiones de la demanda de la sociedad actora en sede de controversias contractuales, porque las diferencias son sustanciales.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Caducidad de la acción – Término de caducidad – Cómputo – Inexistencia de cosa juzgada**

La autoridad accionada explicó, bajo el principio de razón suficiente y con fundamento en claras y precisas normas de orden público que el término de caducidad de las acciones de controversias contractuales, que se someten por disposición expresa del legislador a la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen un término de caducidad de dos (2) años, sin que en aspectos procesales resulte aplicable el Código Civil. En consecuencia, al carecer de arbitrariedad o irrazonabilidad la decisión censurada, este cargo no puede prosperar (…) la Sala destaca que el actor no realizó esta alegación como desconocimiento de precedente, deduciéndose del contenido de su argumentación que lo que pretendía era un trato idéntico, el cual únicamente se puede prohijar cuanto se trata de situaciones fácticas idénticas o por lo menos similares que le permitan a la Sala realizar un test de igualdad (…) La sociedad tutelante considera que en relación con la excepción de caducidad existía cosa juzgada, circunstancia que no es posible predicar frente a un proceso de controversias contractuales en trámite, del que precisamente la presentación dentro del término previsto por el legislador es presupuesto procesal de la acción y que fue objeto del recurso de apelación contra el auto de primera instancia dictado en la audiencia inicial que resolvió sobre las excepciones previas, entre ellas que es objeto de examen (…) la Sala concluye que, en el asunto bajo estudio no procede la intervención del juez constitucional por no encontrarse incursa la providencia censurada en los defectos alegados.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

## SECCIÓN QUINTA

## Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero del dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02576-01(AC)**

**Actor: INGENIERÍA SUMINISTROS Y REPRESENTACIONES DE COLOMBIA LTDA INSURCOL LTDA**

**Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C**

La Sala decide la impugnación interpuesta por la sociedad accionante contra el fallo del 16 de noviembre de 2016, por medio del cual el Consejo de Estado, Sección Cuarta negó la petición de amparo constitucional.

1. **ANTECEDENTES**
2. **Solicitud de amparo**

Mediante escrito radicado el 31 de agosto de 2016[[1]](#footnote-1) en la Secretaría General de esta Corporación, la sociedad Ingeniería, Suministros y Representaciones de Colombia Ltda., INSURCOL LTDA., por intermedio de apoderado judicial, ejerció acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, para reclamar el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y los principios de cosa juzgada, prevalencia del derecho sustancial y tutela judicial efectiva.

Tales derechos y principios los consideró vulnerados con ocasión del auto interlocutorio del 8 de junio de 2016, proferido por la referida autoridad judicial, que revocó la decisión adoptada el 7 de abril de 2015 en la audiencia inicial del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander, declaró no probadas las excepciones previas de caducidad, inepta demanda e inobservancia del requisito de procedibilidad, consistente en el trámite de la conciliación prejudicial para, en su lugar, declarar probada la excepción de caducidad de la acción de controversias contractuales y, por sustracción de materia, abstenerse de decidir sobre las demás excepciones planteadas.

A título de amparo constitucional, solicitó:

“**PRIMERA.-** Declarar que la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, integrada por los H. **MAGISTRADOS DRS. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO y Dr. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE,** con la emisión de la decisión de fecha ocho (8) de Junio (sic) de dos mil dieciséis (2016) dentro del proceso con radicación 68001-23-33-000-2014-00088-01 (54067) que adelanta INSURCOL LTDA contra ECOPETROL S.A ante el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER, mediante la cual revocó la decisión adoptada el 7 de abril de 2015 en la audiencia inicial del artículo 180 del C:P:A:C:A (sic) a través del Tribunal Administrativo de Santander mediante la cual declaró no probadas las excepciones previas de caducidad, inepta demanda, inobservancia del requisito de procedibilidad y en su lugar declaró probada la excepción de caducidad de la acción de controversias contractuales vulneró:

1. El derecho fundamental del DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y COSA JUZGADA (sic).
2. El principio de prevalencia del derecho sustancial.
3. El derecho al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva.

**SEGUNDA.-** En consecuencia, conceder el amparo constitucional y tutelar a INSURCOL LTDA. el derecho fundamental del DERECHO AL DEBIDO PROCESO y COSA JUZGADA; EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL y EL DERECHO AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

**TERCERA.-** Como consecuencia de la protección constitucional se REVOQUE la decisión de fecha ocho (8) de Junio (sic) de dos mis dieciséis (2016) dentro del proceso con radicación 68001-23-33-000-2014-00088-01 (54067) que adelanta INSURCOL LTDA contra ECOPETROL S.A. ante el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER mediante la cual Revocó (sic) la decisión adoptada el 7 de abril de 2015 en la audiencia inicial del artículo 180 del C:P:A:C:A: (sic) a través del Tribunal Administrativo de Santander mediante la cual declaró no probadas las excepciones previas de caducidad, inepta demanda, inobservancia del requisito de procedibilidad y en su lugar declaró probada la excepción de caducidad de la acción de controversias contractuales.

**CUARTA.-** Y por consiguiente, se ordene continuar el proceso de radicación 68001-23-33-000-2014-00088-01 que adelanta INSURCOL LTDA contra ECOPETROL S.A ante el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER”[[2]](#footnote-2). (Mayúsculas incluidas en el texto)

Para fundamentar la solicitud, indicó que la providencia censurada vulnera los principios del debido proceso y la cosa juzgada, por inaplicación de la norma que correspondía al asunto sometido a su consideración[[3]](#footnote-3).

Precisó que si el contrato MA-4027428 se encuentra regido por el derecho comercial y, como tal, no requiere liquidación, pese a que se encuentra pactada, entonces no debería aplicarle la caducidad de la acción contractual que es una figura propia del derecho administrativo, sino la prescripción que establece la ley civil, de tal manera que la acción podría ser intentada dentro de los diez (10) años siguientes a la terminación del contrato o la ocurrencia de los hechos, aplicación que –a su juicio– es posible en virtud de la Ley 80 de 1993, artículos 50 y 55.

Agregó que *“… si correspondiese aplicar el término de caducidad, considero que estamos obligados a observar que hubo un pronunciamiento de ECOPETROL S.A. a través de un acta de liquidación que notificó a INSURCOL LTDA. y que como en esa acta existe un reconocimiento económico, el término para accionar inicia precisamente en el día siguiente a la fecha de notificación del acta de liquidación unilateral”[[4]](#footnote-4).*

Manifestó que en la providencia censurada se consideró que ninguna situación podía ser tenida en cuenta para iniciar el computo de la caducidad y que ello no fue lo que resolvió el Consejo de Estado en la sentencia del 22 de octubre de 2015, proferida en el proceso adelantado por Ecopetrol contra Gran Tierra Energy Colombia Ltda., radicado bajo el número 2007-00555 01 (48.061), con ponencia del mismo magistrado.

Hizo referencia a la cosa juzgada, manifestando que el tema de la caducidad de la acción había sido debatido y resuelto dentro del proceso y la decisión se encontraba en firme.

1. **Hechos probados y/o admitidos**

La Sala encontró demostrados los hechos que a continuación se relacionan, los cuales son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

 Ecopetrol S.A. adelantó el proceso de selección Nº 519900 con el propósito de contratar la *“CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO TÉCNICO DE LOS EQUIPOS DE PROCESO DE REFINACIÓN PERTENECIENTES AL ÁREA CRIOGÉNICA DE LA UNIDAD ETILENO II, INCLUYENDO LA ELABORACIÓN DE INGENIERÍA DE DETALLE, COMPRAS E INSPECCIÓN, PERTENECIENTES A LA GERENCIA REFINERÍA BARRANCABERMEJA DE ECOPETROL S.A., UBICADA EN BARRANCABERMEJA, SANTANDER”,* con un presupuesto oficial de aproximadamente seis millones de dólares.

Insurcol Ltda., presentó propuesta, la cual fue aceptada el 1º de junio de 2010 y se celebró el contrato Nº 4027428 por un valor de 11.880.329.584,00 moneda legal colombiana y con un término de vigencia de 90 días, habiéndose firmado los “otros si” Nos. 2 y 3 y el contrato adicional Nº 2, que ampliaron el plazo en 87 días adicionales a los 60 inicialmente pactados para la ejecución, por lo que en total se requirieron 144 días para la ejecución.

Ecopetrol S.A. liquidó unilateralmente el contrato el 28 de octubre de 2011 y el acta de liquidación fue comunicada y remitida el 11 de noviembre de 2011, como consta en la misiva ING/INS-4027428-006-C.

En el acta de liquidación unilateral Ecopetrol S.A. reconoció y pagó a favor de Insurcol Ltda. la suma de $1.091.456.424,00 moneda legal colombiana, quedando –a juicio de la actora– sumas pendientes de reconocimiento y pago.

* Ecopetrol S.A., mediante comunicación del 19 de septiembre de 2013, ofreció a la sociedad demandante el pago de la suma de $255.180.776.00., la cual no fue aceptada por ésta.
* El 8 de noviembre de 2013, Insurcol Ltda., por intermedio de apoderado, radicó solicitud para adelantar la audiencia de conciliación ante la Procuraduría, la que se llevó a cabo el 3 de febrero de 2014 y presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales el 6 de febrero de la misma anualidad, con el fin de que se declarara a Ecopetrol S.A. responsable por el incumplimiento del contrato.
* La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Santander el 28 de marzo de 2014 y el 1º de julio siguiente la sociedad demandante presentó reforma de la demanda[[5]](#footnote-5), que fue admitida por auto[[6]](#footnote-6) del 1º de septiembre de 2014.
* En escritos presentados el 10 y 16 de octubre de 2014, la parte demandada contestó[[7]](#footnote-7) el escrito de reforma de la demanda, donde planteó como excepciones, las que denominó: (i) caducidad; (ii) en subsidio de aquella, la de inepta demanda; (iii) inobservancia del requisito de procedibilidad consistente en el trámite de conciliación pre-judicial; (iv) la subsidiaria de inobservancia parcial del requisito de procedibilidad consistente en el trámite de conciliación prejudicial.
* Vencido el término de traslado de la demanda y de la reforma de esta, el Tribunal Administrativo de Santander a través de auto[[8]](#footnote-8) del 23 de febrero de 2015, fijó la fecha del 7 de abril de 2015 para llevar a cabo la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.
* El 7 de abril de 2015 se llevó a cabo la audiencia inicial[[9]](#footnote-9) y, estando en la etapa de resolver sobre las excepciones previas propuestas, el magistrado instructor del proceso declaró no probadas “*las excepciones de caducidad; inepta demanda; inobservancia del requisito de procedibilidad consistente en el trámite de conciliación pre – judicial e inobservancia parcial del requisito de procedibilidad consistente en el trámite de conciliación pre – judicial”*.
* En síntesis, los argumentos utilizados por el magistrado instructor del proceso para declarar infundadas la excepción de caducidad planteada fueron los siguientes: *“[…] CADUCIDAD: Indica que el plazo de la ejecución del contrato 4027428 culminó el día 30 de diciembre de 2010, tal y como quedó en el ‘Acta de Finalización del Contrato’ el día 04 de enero de 2011; así mismo indica que el plazo para interponer la demanda feneció el 31 de diciembre de 2012, el cual se traslada para el 15 de enero de 2013, por la vacancia judicial. Una vez revisado el expediente que obra acta de liquidación final unilateral del contrato No. 4027428 de fecha 28 de octubre de 2011, así mismo, obra comunicación enviada a la demandante INSURCOL LTDA del acta de liquidación unilateral realizada por Ecopetrol de fecha 11 de noviembre de 2011. Al respecto, el literal J numeral 2 del artículo 164 del CPACA dispone que la demanda de controversias contractuales deberá ser presentada, so pena de caducidad, dentro del plazo de dos (2) años, los cuales se cuentan a partir del día siguiente de ejecutoriada la liquidación unilateral, su contabilidad debe hacerse conforme al calendario, ello significa entonces que, si el acta de liquidación final unilateral del contrato se comunicó al demandante INSURCOL LTDA el 11 de noviembre de 2011, el término de caducidad comenzó a contabilizarse a partir del 15 de noviembre de 2011, por cuanto el día 14 de noviembre de esa anualidad fue festivo. Siendo así, el fenecimiento del término para presentar la demanda de controversias contractuales corresponde al día 15 de noviembre del año 2013, es de anotar, que en el sub lite se presentó solicitud de conciliación prejudicial el 08 de noviembre de 2013, esto es faltando 7 días para que operara dicho fenómeno, y la conciliación tuvo lugar el 03 de febrero de 2014, reanudándose el término al día siguiente, es decir el 04 de febrero de 2014 y venciendo el término para presentar la demanda el 11 de febrero de 2014, luego dicha demanda fue presentada el 06 de febrero de 2014, esto es, dentro del término. Por lo anterior, no habrá lugar a declararse probada la excepción de Caducidad”.*
* Durante el trámite de la audiencia inicial celebrada el 7 de abril de 2015, el apoderado judicial de la parte demandada presentó y sustentó recurso de apelación contra la decisión de no declarar probadas las excepciones propuestas, recurso que fue concedido en la misma audiencia en el efecto suspensivo[[10]](#footnote-10).
* El recurso fue resuelto por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, mediante auto del 8 de junio de 2016 que revocó la decisión adoptada el 7 de abril de 2015 y declaró probada la excepción de caducidad de la acción de controversias contractuales planteadas y, por sustracción de materia, se abstuvo de decidir sobre las demás excepciones planteadas.
* Para arribar a la citada resolutiva, el *ad quem* analizó la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por Ecopetrol S.A., precisando que es una sociedad de economía mixta, de carácter comercial, organizada bajo la forma de sociedad anónima[[11]](#footnote-11), del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; y en consideración a ello concluyó que a los contratos celebrados por Ecopetrol, no se les aplican las regulaciones de la Ley 80 de 1993, de la Ley 1150 de 2007 ni de sus decretos reglamentarios, toda vez que, de conformidad con las prescripciones del artículo 6º de la ley 1118 de 2006[[12]](#footnote-12), se rigen por las reglas del derecho privado.

Sin embargo, igualmente se ha señalado que de la naturaleza del contrato no depende su régimen jurídico, por cuanto al adoptarse el criterio orgánico, son contratos estatales todos los que celebren las entidades públicas del Estado, de tal manera que, de acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, las controversias que surgen del mismo son de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y las normas procesales aplicables son las previstas en el Decreto 01 de 1984.

Precisó la contabilización del término de caducidad a la luz del artículo 136 del C.C.A. y la posición del Consejo de Estado[[13]](#footnote-13), para concluir que *“… los contratos que requieran liquidación debían ser liquidados dentro de los cuatro (4) meses que seguían a su terminación y que esta no se hacía en esta oportunidad, la entidad estatal debía liquidarlo unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término anterior”[[14]](#footnote-14).*

Al examinar el caso concreto encontró que las partes pactaron la liquidación del contrato dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de suscripción de común acuerdo o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento de los primeros cuatro en forma unilateral por Ecopetrol, vencidos éstos empezaba a transcurrir el término de caducidad.

**3.** **Actuaciones procesales relevantes**

**3.1. Admisión de la demanda**

Mediante auto del 2 de septiembre de 2016, se admitió la demanda de tutela y se ordenó su notificación en calidad de autoridades accionadas al Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, para que ejerciera su derecho de defensa.

Como tercero con interés en las resultas de este proceso se dispuso vincular y notificar a la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol S.A. al tiempo que se dispuso publicar en la página *web* del Consejo de Estado esta providencia para conocimiento de todos los terceros interesados.

La providencia se le notificó igualmente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los términos del artículo 610 del C.G.P.

**3.2. Contestación de la autoridad accionada – Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”**

El Magistrado ponente de la decisión de segunda instancia censurada presentó informe del 15 de septiembre de 2016 en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda de tutela.

Realizó una comparación entre la motivación de la sentencia dictada por esa Sección el 22 de octubre de 2015 y las consideraciones expuestas en el auto censurado para concluir que, contrario a lo afirmado por el tutelante, no existe ninguna contradicción por cuanto en los dos pronunciamientos *“… se parte del hecho cierto para contabilizar el término de contabilidad* (sic) *desde el momento adoptado por las partes ‘como fecha de corte para zanjar la discusión’”.*

Precisó que en el *sub lite* jamás se podrá hablar de cosa juzgada, porque no se da ninguno de los supuestos que establecen los artículos 331 a 333 del Código de Procedimiento Civil –hoy 302 a 304 del CGP- para que se estructure.

Agregó que tampoco se puede afirmar que lo relativo a la caducidad se había resuelto en el proceso y la decisión se encontraba en firme, por cuanto la resolución de esta excepción previa se dio dentro de la audiencia inicial celebrada el 7 de abril de 2015, tal como lo ordena el numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 y contra ésta Ecopetrol S.A. presentó recurso de apelación.

Afirmó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en precisar que el término de caducidad de los contratos estatales está regido íntegramente por las normas previstas en el Código Contencioso Administrativo y hoy en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normas que son de orden público y que el mismo siempre ha sido fijado en el plazo de dos (2) años y no de diez (10) años como lo pretende la demandante.

Aseveró que a la sociedad demandante no se le ha vulnerado el derecho de acceso a la administración de justicia, porque se le ha permitido el ejercicio de todos sus derechos procesales, por lo que no es posible afirmar que si en un proceso prospera cualquier tipo de excepción que le ponga fin a la actuación procesal, ello conduzca a la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, porque sería desnaturalizar dicho derecho.

Por lo anterior, y por considerar que no concurre en el caso concreto alguno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela cuando se controvierten providencias judiciales, solicitó que no se accediera a las pretensiones de la acción de tutela.

**3.3. Informe de la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol S.A.**

Por intermedio de apoderado judicial presentó informe del 19 de septiembre de 2016 en el que se opuso a las pretensiones de la demanda de tutela, por considerar que resulta *“alarmante”* que en sede de tutela se pretenda revivir la *litis,* en lo que se refiere a la discusión resuelta de los términos de la caducidad de la acción, como si se tratara de una tercera instancia en el proceso.

Aseguró que la real intención de la demandante es revivir el proceso que ya se terminó por cuanto operó el fenómeno de la caducidad.

Adujo que no es procedente acudir a la acción de tutela alegando una supuesta violación del debido proceso sin justificación ni soporte alguno, pues, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado con claridad que la acción de tutela procede contra las providencias judiciales en forma estrictamente excepcional cuando aquellas configuran una *“vía de hecho”[[15]](#footnote-15).*

**4. Fallo impugnado**

El Consejo de Estado, Sección Cuarta, dictó fallo de primera instancia del 16 de noviembre de 2016 en el que negó la petición de amparo constitucional.

Después de superar los requisitos de procedibilidad adjetiva, sin realizar un estudio particular sobre cada uno de ellos, abordó el fondo del asunto para realizar una comparación entre las consideraciones expuestas en la decisión censurada y la sentencia del 22 de octubre de 2015 que el accionante reseñó en su escrito de tutela.

Del referido examen concluyó que la autoridad accionada utilizó el mismo argumento en los casos para determinar el momento a partir del cual se debía empezar a contar el término de caducidad.

En relación con la configuración de la cosa juzgada, consideró que no concurrían los elementos que configuran dicha figura por cuanto no es cierto que existiera un pronunciamiento sobre el tema en auto ejecutoriado como lo asevera la sociedad tutelante.

Encontró que la decisión censurada es razonable y que no se vulneraron los derechos fundamentales invocados[[16]](#footnote-16).

**5. Impugnación**

Mediante escrito radicado el 17 de enero de 2017, el apoderado judicial del accionante manifestó que se daba por notificado del fallo de tutela y que impugnaba la decisión por cuanto no se había acogido el reclamo constitucional de su patrocinada y que los argumentos de la impugnación son los mismos que se expusieron en la reclamación.

1. **CONSIDERACIONES DE LA SALA**
2. **Competencia**

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación del fallo de tutela del 16 de noviembre de 2016, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la acción de tutela instaurada por la sociedad Ingeniería, Suministros y Representaciones de Colombia Ltda., contra el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 y el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena.

**2. Problemas jurídicos**

Le corresponde a la Sala determinar si modifica, confirma o revoca la decisión contenida en la sentencia del 16 de noviembre de 2016, dictada por el Consejo de Estado – Sección Cuarta que negó la petición de amparo constitucional, para lo cual deberán resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Si la autoridad judicial accionada, con el proferimiento del auto interlocutorio del 8 de junio de 2016 proferido en el proceso de controversias contractuales instaurado por la tutelante contra Ecopetrol S.A., vulneró los derechos fundamentales alegados por ésta por haber declarado la caducidad de la acción?

Concretamente se resolverá los siguientes subproblemas jurídicos:

¿Si la autoridad accionada incurrió en defecto sustantivo por haber aplicado un término de caducidad de dos (2) años y no de diez (10) años?

¿Si la autoridad accionada desconoció el contenido de la sentencia del 22 de octubre del 2015, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del mismo Magistrado?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, se analizarán los siguientes temas: **(i)** Criterio de la Sección sobre procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** Requisitos de procedibilidad adjetiva; y **(iii)** análisis del caso concreto, de cara a los argumentos expuestos en el libelo introductorio reiterados en el escrito de impugnación.

**3. Razones jurídicas de la decisión**

**3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial**

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012[[17]](#footnote-17) **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema[[18]](#footnote-18) y declaró **su procedencia**[[19]](#footnote-19)**.**

Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez; **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: *i)* que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y *ii)* que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una *“tercera instancia”* que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural. Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

**3.2. Examen de los requisitos de procedibilidad adjetiva**

En el caso concreto los requisitos de procedibilidad adjetiva fueron superados por el *a quo* en la sentencia impugnada, por lo que no hay lugar a realizar el análisis en segunda instancia, por cuanto no fueron objeto de impugnación.

**3.3. Caso concreto**

Con el fin de abordar los argumentos expuestos por la impugnante, la Sala abordará los siguientes ejes temáticos**:** i) Término de caducidad de la acción de controversias contractuales; (ii) Desconocimiento de la sentencia del 22 de octubre de 2015; (iii) Pronunciamiento sobre la cosa juzgada en relación con la caducidad.

**3.3.1. Término de caducidad de la acción de controversias contractuales**

La parte accionante consideró que en consideración a la naturaleza privada del contrato No. 4027428 celebrado entre la sociedad tutelante y Ecopetrol S.A. se debió tener en cuenta el término de prescripción de diez (10) años y no el de caducidad de dos (2), argumentó que igualmente expuso en el proceso ordinario de controversias contractuales durante el traslado del recurso de apelación interpuesto por la parte demanda y que le fue objeto de pronunciamiento en la providencia censurada en los siguientes términos:

“Sobre este particular es oportuno reiterar lo que ha dicho la jurisprudencia de la Corporación que con la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, el término oportuno para interponer la acción contractual es de dos (2) años, toda vez que el artículo 44[[20]](#footnote-20) del mismo cuerpo normativo unificó el término de caducidad de las acciones contractuales.

De otra parte ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, por tanto, al adoptar un criterio orgánico, se ha expuesto que serán considerados contratos estatales aquellos que celebren las entidades de igual naturaleza.

En este sentido se ha dicho que, son contratos estatales *‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’*, y estos últimos, donde ajustan los que celebra Ecopetrol, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.

Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato (…) La norma legal transcrita permite concluir que todos los contratos celebrados por las entidades estatales deben considerarse como contratos de naturaleza estatal, atendiendo al criterio orgánico, a la luz del cual es posible afirmar que en tanto ECOPETROL tenía el carácter de entidad estatal, el contrato distinguido con el número…participa de la naturaleza estatal y de sus conflictos conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

Sustentó igualmente su argumentación en que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el 1º de la Ley 1107 de 2006, prescribía que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.[[21]](#footnote-21)

En consecuencia, la autoridad accionada explicó, bajo el principio de razón suficiente y con fundamento en claras y precisas normas de orden público que el término de caducidad de las acciones de controversias contractuales, que se someten por disposición expresa del legislador a la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen un término de caducidad de dos (2) años, sin que en aspectos procesales resulte aplicable el Código Civil.

En consecuencia, al carecer de arbitrariedad o irrazonabilidad de la decisión censurada, este cargo no puede prosperar.

**3.3.2. Desconocimiento de la sentencia del 22 de octubre de 2015**

El accionante se limitó en su escrito inicial a manifestar que en la providencia censurada se consideró que ninguna situación podía ser tenida en cuenta para iniciar el computo de la caducidad y que ello no fue lo que resolvió el Consejo de Estado en la sentencia del 22 de octubre de 2015, proferida en el proceso adelantado por Ecopetrol contra Gran Tierra Energy Colombia Ltda., radicado bajo el número 2007-00555 01 (48.061), con ponencia del mismo magistrado.

Consideró que en el caso concreto se debió contabilizar el término a partir de la liquidación unilateral del contrato que realizó Ecopetrol y que esa solución correspondía a la que se había dado en el otro proceso.

Con relación a esta alegación, la Sala destaca que el actor no realizó esta alegación como desconocimiento de precedente, deduciéndose del contenido de su argumentación que lo que pretendía era un trato idéntico, el cual únicamente se puede prohijar cuanto se trata de situaciones fácticas idénticas o por lo menos similares que le permitan a la Sala realizar un test de igualdad.

Sin embargo, al revisar la sentencia referida por el tutelante nos encontramos que allí se examinó el término de caducidad frente a una específica reclamación de la parte actora en un contrato de concesión para exploración petrolera, en la modalidad de asociación, referida al *“… incumplimiento en que incurrió Gran Tierra Energy Colombia Ltda. frente a las obligaciones contenidas en la cláusula 3.5 del Anexo B del contrato de asociación “Guayuyaco”, esto es, en la distribución entre las partes, en la proporción de 30% para ECOPETROL y de 70% para la asociada (demandada), de la valorización de la producción de crudo obtenida durante el desarrollo de las pruebas extensas de producción adelantadas en el periodo de exploración”.*

Se destacó que se trataba de obligaciones de tracto sucesivo que debieron ejecutarse durante el periodo de exploración y, específicamente, durante la realización de las pruebas extensas en cada uno de los pozos y en torno a este aspecto del contrato las partes acordaron iniciar un nuevo computo de la producción a partir del 28 de diciembre de 2005, fecha en la cual fue aceptada la comercialidad de los yacimientos, y pactaron dar inicio a la distribución de dicha producción, directamente después de regalías, cuya aplicación era el eje central de la discusión presentada en sede judicial.

Con fundamento en estas consideraciones propias de la naturaleza del contrato de concesión celebrado y de las obligaciones periódicas fue que la Sala, frente a la situación planteada en el caso concreto que dado que *“las mismas partes adoptaron como fecha de corte para zanjar la discusión, el 28 de diciembre de 2005, la Sala también considera adecuada dicha fecha para iniciar el computo del término de caducidad”.*

No es en consecuencia posible pretender que tales consideraciones se adecúen al caso concreto del contrato de suministro de ejecución instantánea en el que no hay acuerdo sobre el pago de contraprestaciones periódicas entre los contratantes y de las pretensiones de la demanda de la sociedad actora en sede de controversias contractuales, porque las diferencias son sustanciales.

**3.3.3. Análisis sobre la alegación de cosa juzgada**

La sociedad tutelante considera que en relación con la excepción de caducidad existía cosa juzgada, circunstancia que no es posible predicar frente a un proceso de controversias contractuales en trámite, del que precisamente la presentación dentro del término previsto por el legislador es presupuesto procesal de la acción y que fue objeto del recurso de apelación contra el auto de primera instancia dictado en la audiencia inicial que resolvió sobre las excepciones previas, entre ellas que es objeto de examen.

Resulta evidente, como lo concluyó el *a quo* constitucional y lo alegó la autoridad accionada que no concurren los requisitos previstos en las normas adjetivas que regulan esta figura jurídica, consagrada en el artículo 302 del Código General del Proceso, en los siguientes términos:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión”.

De lo expuesto, la Sala concluye que, en el asunto bajo estudio no procede la intervención del juez constitucional por no encontrarse incursa la providencia censurada en los defectos alegados, motivo por el cual se deberá confirmar la providencia de primera instancia que negó la petición de amparo constitucional.

1. **DECISIÓN**

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo del 16 de noviembre de 2016, expedido por la Sección Cuarta de esta Corporación, que negó la tutela instaurada por la sociedad Ingeniería, Suministros y Representaciones de Colombia - INSURCOL LTDA., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes y a los terceros intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el Decreto 1069 del 2015.

**TERCERO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Presidente**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Consejera**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Consejera**

1. Folio 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 2. [↑](#footnote-ref-2)
3. La parte accionante no señaló la norma que a su juicio se inaplicó en el caso concreto. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 7. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 290 a 364, ib. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 372 y 373, ib. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 388 a 394 y 438 a 548, ib. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 729, ib. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 781 y 782. C. 2ª instancia. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 783. C. 2ª instancia. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 183 a 189. C.1. [↑](#footnote-ref-11)
12. ***“***Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa.

“La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

“Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.” [↑](#footnote-ref-12)
13. Refiriendo la línea jurisprudencial sobre la materia, a partir del auto de 8 de junio de 1995, dictado en el expediente 10634. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 43 del cuaderno anexo. Lo anterior con fundamento en lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998. [↑](#footnote-ref-14)
15. La intervención de la entidad aparece a folios 46 a 56 del expediente. [↑](#footnote-ref-15)
16. La sentencia de primera instancia se notificó a la sociedad actora mediante Oficio No. 3394 del 18 de enero de 2017 y a su apoderado por Oficio No. 3395 del 18 de enero de 2017, los cuales fueron remitidos por medios electrónicos en la misma fecha, según constancias visibles a folios 109 a 112. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. C.P.: María Elizabeth García González. [↑](#footnote-ref-17)
18. El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado. [↑](#footnote-ref-18)
19. Se dijo en la mencionada sentencia *“****DECLÁRASE*** *la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.”* [↑](#footnote-ref-19)
20. “**Artículo 44.** Caducidad de las acciones. El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

“(…)

“10.  En las  relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

“En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

“a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

“b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

“c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar (…)” [↑](#footnote-ref-20)
21. Supra 16 [↑](#footnote-ref-21)